PENSAMIENTOS
DE DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Apuntamientos sobre el interés superior del infante. Un análisis a través del tiempo

Jueza Mtra. Patricia Ruiz Frías

Año II | No. 3 | Julio • Septiembre 2020

ESIJ
ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JUDICIAL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

PODERJUDICIAL-GTO.GOB.MX

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

Política de Igualdad de GÉNERO y NO DISCRIMINACIÓN

ver más

PODERJUDICIAL-GTO.GOB.MX #JusticiaAbierta

Editorial Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Dirección general
Magistrado Presidente Héctor Tinajero Muñoz

Comité editorial
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero
Lic. Rocío Carrillo Díaz
Lic. Imelda Carbajal Cervantes
Lic. Héctor Carmona García
Juez Dr. Jur. Gilberto Martiñón Cano

Representante legal
Lic. Héctor Carmona García

Editor en jefe
Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero

Asistente editorial y corrección de estilo
Lic. Josué Arias Sánchez

Dirección de difusión
LCC. Nancy Elizabeth Hurtado Castro

Diseño editorial
LDG. Jesús Eleazar Rocha Pacheco
LDG. Hernán Rodríguez Luna

Articulista invitada
Jueza Mtra. Patricia Ruiz Frías

Presentadora invitada
Jueza Mtra. Ma. Isabel Gómez Hernández

Pensamientos de derecho civil y procesal civil, julio • septiembre de 2020. Editor en jefe: Mtro. Francisco Gustavo Baltazar Salgado Romero. Certificado de Reserva de Derechos al uso exclusivo otorgado por el Instituto Nacional de Derecho de Autor: 04-2018-121417333900-102. Número de Certificado de Licitud de Título y Contenido: 17403. Domicilio de la Publicación: Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No.1, C.P. 36050, Guanajuato, Capital. Imprenta: Imprecen S. A. de C. V, Carretera Guanajuato - Juventino Rosas Km 12, Guanajuato, Gto. Distribuidor: Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de Guanajuato, Circuito Superior Pozuelos No.1, C.P. 36050, Guanajuato, Capital.

Índice

Preliminar 2

Declaraciones 3

Abreviaturas, latinismos y siglas empleadas 4

Presentación editorial 5

Introducción 10

I. Enfoque histórico del interés superior del niño 13

1.- La declaración de Ginebra de 1924 13

2.-La declaración universal de los derechos humanos 15

3.- Declaración de los derechos del niño 17

4.- Convención internacional de los derechos del niño 19

II. Miradas históricas sobre la infancia 25

1.- La óptica de la indiferencia 25

2.- La óptica tutelar 26

3.- La óptica de los derechos 28

4.- Observación General número 14 29

5.- Tesis de Jurisprudencia sobre el concepto de interés superior del infante 33

Conclusiones 36

Bibliografía 38

PENSAMIENTOS
DE DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

Preliminar

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

Pensamientos de Derecho Civil y Procesal Civil es una revista trimestral que publica un solo artículo sobre temas de extinción de dominio, derecho familiar, mercantil, civil y tradicional, escrita por varios autores y a cargo de Investigaciones Jurídicas de la Escuela del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Su propósito es difundir el conocimiento científico jurídico a través de la publicación de resultados de investigación aplicada en la que se proponen soluciones a problemas reales.

Los temas de análisis se obtienen de la praxis jurisdiccional y se plantea una solución adoptando postura, no limitándose a la explicación del estado actual del problema.

Los contenidos de los artículos son exclusivamente responsabilidad de sus autores y no representan la postura oficial del Poder Judicial del Estado de Guanajuato. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra con la condición de que se precise la fuente, el autor y la creación en Investigaciones Jurídicas del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Declaraciones

Poder Judicial del Estado de Guanajuato

I.- La revista digital sigue una metodología propia para todos los trabajos de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Poder Judicial de Guanajuato.

II.- Se asegura la publicación de réplicas científicas a los trabajos siempre y cuando verse sobre el tema principal del texto replicado, la extensión sea de 15 páginas máximo y satisfagan los requisitos metodológicos propios de investigaciones jurídicas que constan en el micrositio https://www.poderjudicial- gto. gob.mx/index.php?module=uaij.

III.- Se publican artículos de invitados y de todo aquel interesado en difundir el resultado de sus investigaciones, mismas que podrán enviar libremente al correo electrónico investigaciones.juridicas@ poderjudicial-gto.gob.mx

Los trabajos enviados serán evaluados por el personal académico de la Escuela Judicial, bajo la modalidad de referato doble ciego (peer review double blind) en la que el examinador y el autor no se conocen entre sí.

El envío de la investigación implica la declaración formal del remitente de que el artículo es inédito y de su autoría; y que sabe y acepta ceder, de manera irrevocable, los derechos de autor a Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Estudios e Investigación Judicial del Estado de Guanajuato. Del mismo modo asume, de manera individual, la responsabilidad por potenciales daños que su escrito pudiera causar, desligando a Investigaciones Jurídicas y al Poder Judicial.

IV.- Está prohibido el uso de lenguaje género-sensitivo y alusiones discriminatorias, salvo que sean usadas a manera de ejemplo de lo que no debe ser, o sean objeto de estudio.

Abreviaturas, latinismos y siglas empleadas

Cfr.	Confrontar
Dr. Jur.	Doctor en derecho
Ed.	Editorial
LCC.	Licenciada en comunicación social
LDG.	Licenciado en diseño gráfico
Lic.	Licenciado
Mtra.	Maestra
Passim.	En varias partes
P.	Página
PP.	Páginas

Presentación editorial

Jueza Mtra. Ma. Isabel
Gómez Hernández*

El 20 de noviembre de 1989 se celebra el primer tratado internacional de alcance universal y con fuerza vinculante que regula los derechos humanos de la infancia, denominada Convención sobre los derechos de los niños, la cual constituye la institución más importante de la historia en protección a los derechos de los niños y adolescentes, siendo hasta el momento la convención más ratificada.

México la ratificó en 1990, sin embargo, fue hasta 2011 que incorporó el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al especificar que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos, el estudio del interés superior del infante a través del tiempo que realiza la autora en el presente trabajo ilustra y se convierte en vehículo de conocimiento, requisito

* Jueza de oralidad familiar del Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

indispensable para que el jurista, abogado, juez y cualquier estudioso del derecho comprenda la naturaleza de las instituciones jurídicas, de ahí la importancia que representa la historia como conjunto de juicios verificativos, pues sin la historia difícilmente se comprende la razón de ser de una institución, además que se caería en abstracciones alejadas de la realidad y del cambio que supone todo decurso temporal. Por estas razones se hace necesario el estudio histórico- jurídico ya que de lo contrario no se podría conseguir el replanteamiento y la posible reforma legislativa.

Sencillamente estructurado el artículo explica la evolución que ha llevado a que los menores de edad sean considerados como sujetos de derechos.

La Carta de las Naciones Unidas, concreta a lo largo de su articulado, el compromiso con los derechos humanos de la nueva organización internacional, a la que se encomienda la promoción del *respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y de la efectividad de tales derechos y libertades.* Por lo tanto, estos derechos son aplicables a los menores de edad, instituyéndose en la Convención sobre los de Derechos de la Infancia.

El presente trabajo viene a darnos luces sobre la evolución que ha sufrido la más importante institución que beneficia a los menores de edad, pues se hace referencia a cinco disposiciones que hablan del interés superior del menor, así como de las ópticas de como se ha visto y que, sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de su naturaleza jurídica o respecto a su proceso de aplicación.

Lo mismo ocurre cuando se invoca en el artículo 4° de la Constitución Política de México, el interés superior de la niñez, cuando dice: *En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio*

del interés superior de la niñez. Esta omisión se traduce en la proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término, pues estamos en presencia de una vaguedad, como lo afirmaría el ilustre maestro Doctor Enrique Cáceres Nieto, puede generar inseguridad jurídica, dando incluso pie, por así decirlo, y en ciertos casos, a la arbitrariedad.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

El interés superior de niñas, niños y adolescentes es un principio de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Su aplicación exige adoptar un enfoque basado en derechos que permita garantizar el respeto y protección a su dignidad e integridad física, psicológica, moral y espiritual. El interés superior debe ser la consideración primordial en la toma de decisiones relativas a niñas, niños y adolescentes, *por tanto se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.*

Las niñas, niños y adolescentes están en proceso de formación y desarrollo, por sus características particulares dependen de las personas responsables de su cuidado para la realización de sus derechos; sin embargo, esta circunstancia puede llegar a limitar sus posibilidades de defender sus intereses. Todos los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos (federal y locales) tienen la obligación de tomar en cuenta el interés superior como una consideración primordial y promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas menores de edad.

Apuntamientos sobre el interés superior del infante. Un análisis a través del tiempo

Jueza. Mtra. Patricia Ruiz Frías*

Resumen: El *interés superior del niño* incorporado en la convención sobre los derechos del niño en 1989 representó un cambio de paradigma. Antes de la convención los niños, niñas y adolescentes, eran tratados prácticamente como objetos propiedad de los padres; después de la convención, ya se les consideró como sujetos de derechos, surgiendo nuevas problemáticas, entre otras, ¿Cómo debe aplicar el concepto del interés superior del menor, el juez de familia?

Palabras clave: Interés superior del niño. Enfoque histórico. Convención de los derechos del niño. Observación 14. Dignidad humana.

Abstract: The *minor's best interest* incorporated into the convention on the rights of the child in 1989 changed the paradigm of children and adolescents, once practically owned by parents, to become full subjects of law. This concept has gradually evolved, provoking different reflections, among others, on the scope of a family judge's resolution and whether the right of minors implies the impossibility of applying corrective - disciplinary measures, as it is a form of violence.

Keywords: Best interest of the child. Historical approach. Convention of Children's Rights. Observation 14. Human dignity.

* Jueza de Partido Civil especializada en Materia Familiar, adscrita al Juzgado de Oralidad Familiar en Irapuato, Guanajuato.

Résumé: L'intérêt supérieur du mineur inscrit dans la convention relative aux droits de l'enfant en 1989 a changé le paradigme des enfants et des adolescents, une fois pratiquement détenus par les parents, pour devenir des sujets de droit à part entière. Ce concept a progressivement évolué, provoquant différentes réflexions, entre autres, sur la portée de la résolution d'un juge de la famille et sur la question de savoir si le droit des mineurs implique l'impossibilité d'appliquer des mesures correctives - disciplinaires, car il s'agit d'une forme de violence.

Mots-clés: L'intérêt supérieur de l'enfant. Approche historique. Convention des droits de l'enfant. Observation 14. La dignité humaine.

Zusammenfassung: Das beste Interesse des Minclerjährigen, das 1989 in die Konvention üder die Rechte des Kindes aufgenommen wurde, veränderte das Paradigma von Kindern und Jugendlichen, die einst praktisch im Besitz der Eltern waren, zu vollständigen Rechtssubjekten. Dieses Konzept hat sich schrittweise weiterentwickelt und unter anderem unterschiedliche Überlegungen zurn Umfang des Beschlusses eines Familienrichters und zur Frage ausgelöst, ob das Recht von Minderjährigen die Unmöglichkeit der Anwendung von Korrektur- and DiszipiinarmaBnahmen impliziert, da es sichurn eine Form von Gewalt hancelt.

Schlüsselworter: Das beste Interesse des Kindes. Historischer Ansatz. Konvention der Kinderrechte. Beobachtung 14. Menschenwürde.

Resumo: O interesse superior do menor incorporado a convençã o sobre os direitos da criança em 1989 mudou o paradigrna de crianças e adolescentes, antes praticamente propriedade dos pais, para se tornarem sujeitos plenos de direito. Este conceito tem evoluido gradativamente, provocando diversas reffexões, entre outras, sabre o alcance da resoluçã do juiz de familia e se adireito do menor implica a impossibilidade aplicação de medidas corretivas- disciplinares, por se tratar de uma forma de violência.

Palavras-chave: Melhor interesse da criançã. Abordagem histórica. Convenção dos Direitos da Criançã. Observação 14. Dignidade humana.

Introducción

Previamente a que se reconocieran a los derechos del infante[1] en los instrumentos internacionales, los que tenían la edad de 0 a 18 años, eran considerados, a excepción de los llamados *emancipados*, como seres humanos en crecimiento, sin tener titularidad de los mismos.

Fue en 1989, cuando la Organización de las Naciones Unidas promulgó la Convención sobre los Derechos del Niño, primer tratado internacional de alcance universal y con fuerza vinculante que regula los derechos humanos relacionados a la infancia. Se destaca el artículo 3° párrafo 1° de la Convención que señala lo siguiente: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*[2]

El presente trabajo tiene como propósito hacer un estudio de los antecedentes de la Convención de los Derechos del Niño de Nueva York, así como comprender el trato que se ha dado al infante al estudiar las diversas ópticas históricas de cómo se ha concebido, de manera que se pueda comprender el interés superior del menor a través de todas las épocas

1 La palabra infante se utilizará aprovechando el lenguaje inclusivo para referirnos a un niño, una niña o un adolescente, en singular o en plural.

2 Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

y su desarrollo con especial énfasis en su método de aplicación por los operadores jurídicos, y en especial forma, por los jueces en materia familiar, pudiendo ser considerado para los jueces que imparten justicia en materia de adolescentes, incluso para los jueces penales.

A lo largo de la Convención el término "interés superior del niño" se menciona en cinco disposiciones; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición acerca de su naturaleza jurídica o respecto a su proceso de aplicación. Lo mismo ocurre cuando se invoca en el artículo 4° de la Constitución Política de México, el interés superior de la niñez, cuando dice: *En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez.*[3] Esta omisión se traduce en la proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término. Esta proliferación no reduce su indeterminación.

Con el propósito de salvaguardar el pleno respeto de la Convención por los Estados Parte, se crea el Comité de los Derechos del Niño, dedicado a supervisar la aplicación de la misma Convención. Luego de 24 años de vacío legal, en el año 2013 dicho Comité, en uso de sus facultades interpretativas, emite la Observación General Número 14° sobre *el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.*[4] La observación busca resolver precisamente las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del infante. El Comité prevé que *el propósito general de la observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.* Para lo cual se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo

3 Cámara de Diputados.: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Noveno párrafo del artículo 4°, consultable en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf

4 Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. "Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial". Mayo 2013.

respeten. Es decir, la observación parte de la base de que la vía para percibir al infante como sujeto de derechos es a través de una debida atención en su interés superior.

Así, la finalidad de este trabajo es indagar en la repercusión del *cambio de actitud* propuesto por este comité en el ámbito judicial.

Se analizará el proceso metodológico y su problemática por la que se han enfrentado los operadores jurídicos en la utilización del interés superior del niño desde sus inicios como concepto jurídico para así comprender por qué se busca cambiar la situación actual respecto a su aplicación.

I. Enfoque histórico del interés superior del niño

1. La declaración de Ginebra de 1924

Es la declaración de Ginebra de 1924 el antecedente que dio origen a la Convención sobre los Derechos de los Niños. Esta declaración es el primer instrumento internacional que protege específicamente los derechos de los niños. Es a través de este instrumento en que se inicia con su protección jurídica.

Tras la primera guerra mundial, millones de niños hambrientos, huérfanos, refugiados o desplazados estaban diseminados por toda Europa. Una mujer, Eglantyne Jebb, luchó con todas sus fuerzas para que los gobiernos y la sociedad tomaran medidas para terminar con esa tragedia. Como ella pensaba, *los niños no son en absoluto responsables de las guerras, y son la mejor esperanza para evitar otra*. Advirtió la necesidad de protección especial para los niños.[5]

Con ayuda de su hermana, Dorothy Buxton, fundó en Londres en 1919, *Save the Children Fund*, para ayudar y proteger a los niños afectados por la guerra. En 1920, esta fundación se organizó y se estructuró en torno a la Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE), con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

5 Cfr. ONG Save the children.: 95 ANIVERSARIO DE SAVE THE CHILDREN De persona comprometida con los niños a fundadora de Save the Children. Eglantyne Jebb consultable en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/cuaderno-englantyne-jebb.pdf

El 23 de febrero de 1923, la alianza internacional *Save the Children* adoptó en su IV congreso general, la primera declaración de los derechos del niño, que luego fue ratificada por el V congreso general el 28 de febrero de 1924. En 1923, *Save the Children* formuló la declaración, y la envió a la sociedad de naciones y finalmente fue adoptada en diciembre de 1924 por esta última en su V asamblea. Eglantyne Jebb envió este texto a la sociedad de naciones indicando que estaba "convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos."

El 26 de diciembre de 1924, la sociedad de naciones adoptó esta declaración como la declaración de Ginebra. Este es un día histórico, pues es la primera vez que derechos específicos para la niñez eran reconocidos.

La época en que se realiza este proyecto es la de post-guerra que le siguió a la primera guerra mundial, de modo que se enfatiza la protección del niño que fue desatendido en los años anteriores. La declaración de Ginebra de 1924 estatuye lo siguiente: Por la presente declaración de los derechos del niño, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle, afirman así sus deberes, descartando cualquier discriminación por motivos de raza, de nacionalidad o de creencia.[6]

Establece: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier

6 Cfr. Bofill, A y Cots J.: La declaración de Ginebra: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia. Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona; 1999, passim.

explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Como se puede advertir, esta declaración de 1924 no contiene de forma expresa derechos, por el contrario, usa la expresión *el niño debe ser* en vez de *el niño tiene derecho a…* Además en el preámbulo utiliza la expresión *los hombres y mujeres… afirman así sus deberes.* Con lo que se infiere que se trata de una enunciación de obligaciones dirigidas a los adultos a favor de los niños. Se reconoce al niño como objeto de protección y no expresamente como sujeto de derechos.

No obstante ello, históricamente se conoce a la declaración de Ginebra de 1924 como la piedra angular del derecho de la infancia, que con el tiempo permitió el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

2. La declaración universal de los derechos humanos

La declaración universal de los derechos humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida por más de 500 idiomas.[7]

Los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), decidieron emitir la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), luego de las atrocidades vividas durante los años de la segunda guerra mundial.

7 Cfr. Organización de las Naciones Unidas.: Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultable en: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Se interpreta de su contenido que los derechos ahí consignados pueden ser ejercidos por menores de edad, por lo tanto, son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, ya que el receptor es precisamente el ser humano.

Esta declaración resulta ser un avance para los derechos de la infancia y adolescencia al establecer derechos que emanan de la dignidad humana, pero también significó establecer un nuevo estándar a nivel de protección de derechos.

Pero la declaración nombra sólo en el artículo 25 párrafo 2º explícitamente un derecho propio del niño: *"2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."*

Los derechos del infante van implícitos en el siguiente artículo de la Declaración: Artículo 26: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

3. Declaración de los derechos del niño

La asamblea general de la organización de las naciones unidas, proclamó la declaración de los derechos del niño, a fin de que éste pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, e insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole.

Fue el 20 de noviembre de 1959, cuando se aprobó esta declaración, de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU (organización de las naciones unidas). Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General mediante su resolución 1386.[8]

En esta declaración, ya se reconoce al niño como un ser humano con dignidad. Que es capaz de desarrollarse con libertad.

Cabe destacar que ni la declaración de Ginebra de 1924, ni esta declaración, definen qué período comprende la infancia, cuando empieza y cuando termina.

El preámbulo de la Declaración dice lo siguiente: *Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.*

8 Cfr. Acorde a información recabada de la organización internacional Humanium, consultable en www.humanium.org

Esta declaración contiene derechos adoptados progresivamente en conformidad con los siguientes principios:

Principio 1. El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. Principio 2. El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. Principio 3. El niño tiene desde su nacimiento derecho a un nombre y a una nacionalidad. Principio 4. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Principio 5. El niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiere su caso particular. Principio 6. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y compresión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios apropiados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas, conviene conceder subsidios estatales o de otra índole. Principio 7 El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de

igualdad de oportunidades desarrollar sus aptitudes, su juicio individual, su sentido y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho. Principio 8. El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro. Principio 9. El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de mal trato. No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral. Principio 10. El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

4. Convención internacional de los derechos del niño

La convención internacional sobre los derechos del niño fue adoptada por la asamblea general de las naciones unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos[9]. Su ratificación por veinte países -el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia- ocurrió en menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la cumbre mundial en favor de la

9 Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

infancia que tuvo lugar en la oficina de las naciones unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un plan de acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la convención internacional sobre los derechos del niño.

A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado, no así los Estados Unidos y Somalia. La convención resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños, a partir de lo cual, los Estados parte deben seguir con las prácticas y las políticas inscritas en el propio convenio, que tienen como finalidad beneficiar a ese grupo vulnerable que es el futuro del mundo. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los estados parte a la convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

La convención incorpora varias novedades. De inicio, el cuerpo legal delimita el concepto 'niño' desde el punto de vista de su edad. El artículo 1º define niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.

En el preámbulo de esta convención se nos recuerda que los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todo niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de ello, continúa estableciendo que por las condiciones especialísimas de la niñez, es necesario una normativa que se adapte a sus necesidades e intereses de forma complementaria. Se opta por desarrollar una rama nueva de derecho pero que se desprende de la regla más básica: la dignidad humana. Es decir, los derechos del niño se ligan a los derechos humanos de modo que se logra una protección reforzada. Potenciar una rama jurídica específica que se adapte a la realidad de la niñez implica reconocer al niño como persona humana pero con cualidades únicas, diferentes a las de los adultos. Se trata de contar con una regulación exclusiva que realza las características de los niños, los acerca en igualdad y derechos al resto de las personas.

En este intento de reconocimiento de derechos de los niños, las naciones unidas tiene como propósito, adoptar un instrumento que proporcione una adecuada protección a la población menor de dieciocho años. Se reúne en la convención derechos fundamentales de diversa índole: humanitarios, civiles y políticos, económicos, culturales y sociales. La idea es proteger los derechos de manera conjunta de modo que se alcance un desarrollo holístico de la infancia, lo que se deriva en la satisfacción de todos sus derechos intrínsecos y dado que son de carácter indivisibles e interdependientes, el goce de los mismos sólo será plena si el niño los disfruta como si fueran uno solo.

Reconocer al niño como persona significa identificarlo como sujeto de derecho y no como objeto de derecho.

A fin de evitar escenarios de abuso de los niños, el tratado envuelve medidas que les permiten el disfrute efectivo de sus derechos. Por su parte, la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos) desarrolla esta idea en la Opinión Consultiva Nº17.

Para los efectos de esta opinión consultiva, *niño* o *menor de edad* es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, y que es de opinión los siguientes puntos:

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no solo objeto de protección.

2. Que la expresión *interés superior del niño*, consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que esta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no solo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

9. Que los estados partes en la convención americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter–individuales o con entes no estatales.

10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial– doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes

ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.[10]

10 Cfr. Corte Interamericana de derechos humanos: Ficha técnica. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

II. Miradas históricas sobre la infancia

Para comprender como ha surgido el reconocimiento del interés calificado como superior de un infante, es preciso revisar cómo ha sido conceptualizado en cuanto a constituir sujeto o no de derechos humanos, durante todas las épocas.

1. La óptica de la indiferencia

Es la visión que se traduce en conceptualizar al infante, como propiedad de la familia o de los adultos de quienes depende por ser su hijo, pupilo o dependiente, como si fueren cosa. Al infante no se le reconoce cualidades especiales distintas al de un adulto, ni titular de derechos. Se le considera como un ser que se mantiene al margen, que obedece indicaciones y que es sujeto de ser corregido con o sin mesura por sus padres o custodios.

Aquí la obligación del Estado se genera únicamente en el conocimiento de que los niños existen, que están en crecimiento, más no precisamente en formación, que existen deberes de los padres en cuanto a ellos, sin que ello implique que tengan derechos y que a los 18 años serán adultos.

A través de esta conceptualización, no se hace un trato diferenciado y el infante queda excluido de todos los derechos que le corresponden, no teniendo acceso a los mismos, pues le resultan inaccesibles e inadecuados.

Para comprender esta manera de visualizar al infante y el trato que se le da, podemos ejemplificarlo con un divorcio por mutuo consentimiento en el que los padres al momento de solicitarlo y adjuntar el convenio,

únicamente estipulan cláusulas relativas a una pensión alimenticia a favor de la ex cónyuge y a los bienes habidos dentro del matrimonio, sin señalar que tienen hijos menores de edad y que el juzgador les requiera que lo aclaren, o bien, mienten aludiendo que no procrearon hijos, por lo tanto, no proponen ninguna cláusula que concierne a los derechos de sus hijos, no obstante que si los tienen.

Por lo que ante tal solicitud se le da entrada y trámite al divorcio, celebrándose la audiencia de juicio y con ello, el dictado de la sentencia que declara procedente el divorcio.

Y así, aprobándose el convenio, quedando únicamente como materia de acceso a la justicia, los derechos de los adultos y formando entonces este convenio en esos términos, como parte integrante de la sentencia que, en su caso, es la que definiría el divorcio. En este caso, los niños se convierten en seres invisibles.

2. La óptica tutelar

Siguiendo con esta óptica, se reconoce una diferencia entre el adulto y el infante, pero solo en el aspecto de las *carencias.* El niño es visto como un adulto en formación, un niño carente. El niño es objeto de protección y no como un sujeto de derecho. El niño mientras está bajo la protección de los padres o custodios de su red familiar, que pueden ser, sus abuelos, hermanos o tíos, está prácticamente bajo su cargo.

El Estado tiene la obligación de intervención únicamente si existe alguna *situación disfuncional* o *situación irregular* en esa relación entre el niño con sus padres o con sus custodios. O bien, cuando los niños se han quedado sin familia, y en ese supuesto, el Estado tiene el deber de sustituir la función familiar para ejercer en el infante una función tutelar. Su relación con la infancia es discrecional, basada en el *qué es lo más conveniente para el niño* y no así en observar todos sus derechos.

Por ejemplo, bajo este esquema, cuando un niño se queda sin padres y ninguno de los miembros de su red familiar no es apto para ejercer la guarda

y custodia sobre el mismo, se le institucionaliza sin visualizar en donde ni en compañía de quien estará, únicamente incorporarlo y dejarlo a cargo del titular de la institución, conviviendo incluso con otros niños con necesidades distintas o en situaciones riesgosas o peligrosas.

El código civil del estado de Guanajuato, establecía como regla en su artículo 468, que en los casos en que un infante se quedaba sin sus padres por fallecimiento o por pérdida de la patria potestad, primeramente los abuelos paternos eran los privilegiados, o bien, los obligados, para hacerse cargo del niño, ejerciendo la patria potestad, en segundo término, los abuelos maternos, como una disposición positivista, que se tenía que aplicar en automático, *a rajatabla* sin tomar en consideración un abanico probatorio para acreditar la idoneidad de ellos, tanto en el aspecto de la edad, así como los ámbitos psicológico, económico y de identidad entre los abuelos y el niño; ni menos aun escuchándolo.[11]

Los niños y jóvenes, siguiendo con esta óptica, aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino solo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los *menores*.

Al respecto, se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como *menores en situación de riesgo o peligro moral o material*, o *en situación de riesgo* o *en circunstancias especialmente difíciles* o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los *menores* al sistema de justicia especializado.

Sobre este punto es interesante señalar que las leyes de la situación irregular no solo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, se agrega una cláusula que establece que se encuentra en esa

11 Cfr. Cámara de Diputados del Estado de Guanajuato: Código Civil de la entidad; disposición anterior a la reforma del Código publicada en el Periódico Oficial del Estado, el 21 de diciembre del 2001.

situación todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida según los parámetros del juez de que se trate.

Las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención de los Derechos del Niño, pertenecieron a lo que se ha dado en llamar la *doctrina de la situación irregular*. A partir de estas leyes, se conceptualiza a los niños y a los jóvenes como objetos de protección, una definición basada en el hecho de que los infantes *no saben*, *no tienen* o *no son capaces*.

El sistema de la situación irregular refleja, criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción se deriva, por ejemplo, un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas para los infractores *(o potenciales infractores)* de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos.

Se parte de la teoría del castigo y tal justificación dio paso a categorías de *menores en circunstancias especialmente difíciles* o *en situación de disfunción familiar.* El hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud solo reproduce y amplía la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención *protectora* del Estado.[12]

3. La óptica de los derechos

En esta óptica se contempla al infante no solo como un objeto de protección, sino como un titular de derechos. Se parte del reconocimiento de

12 Cfr. UNICEF.: Justicia y Derechos del Niño, Número 9; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago de Chile. Noviembre, 1999.

todos sus derechos fundamentales y los especiales, propios de su edad, de persona en desarrollo.

La obligación del Estado, se concretiza en reconocer precisamente que el infante requiere de la presencia y mediación de un adulto que se encargue de sus cuidados inmediatos, de orientarlo y atenderlo, de protegerlo contra toda forma de abuso, tratarlo con respeto a su dignidad y orientarlo, a fin de que conozca sus derechos, aprenda a defenderlos y a respetar los de otras personas.

En materia familiar, por ejemplo, en un asunto de custodia de un infante, el juzgador debe de considerar todo el abanico de las pruebas del juicio para acreditar la idoneidad de los padres, su escucha y dictar todas las medidas encaminadas a salvaguardar sus derechos o restituirlos.

4. Observación general número 14

Es a partir de la observación general número 14 del comité de los derechos de los niños, basada en el artículo 3.1 de la convención de los derechos del niños, en que se parte de la idea de que la vía para percibir al infante como sujeto de derechos es a través de una debida atención a su interés superior.

El comité de los derechos del niño, como órgano que supervisa la aplicación de la convención sobre los derechos de los niños, publica sus interpretaciones sobre las disposiciones del cuerpo internacional en la forma de observaciones generales.[13] En virtud a esta facultad, en el año 2013, el comité publica la observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.[14]

13 Cfr. El Centro de Investigaciones Innocenti.: define las Observaciones Generales como interpretaciones que realiza el Comité sobre las provisiones y principios de la Convención en conformidad a su experiencia de vigilancia y monitoreo.

14 Cfr. Comité de Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial”. Mayo 2013.

El solo hecho de existir esta observación da cuenta de los problemas que han tenido los Estados Partes para aplicar el concepto en cuestión. Claramente el problema radicaba en que hasta esta observación, el comité había guardado silencio respecto a la naturaleza jurídica del interés superior del niño y la forma en que debía aplicarse.

El comité puntualiza que el objeto de la observación general N°14 es garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño, definiendo los requisitos para su debida consideración. De esta forma se pretende promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como personas humanas con dignidad.

Después de 24 años de que fue emitida la convención de los derechos de los niños, dicho comité, en búsqueda de resolver las dificultades aparejadas a la ausencia de una definición legal del interés superior del infante, prevé que *el propósito general de la observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos*. Para lo cual, como ya se dijo, se establece en enseguida, como propósito específico, garantizar que los estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten.

La convención de los derechos de los niños, se promulgó en una época donde las ideas doctrinales de la "situación irregular" eran generalizadas, por lo que no era posible prever los efectos que los novedosos conceptos tendrían en las legislaciones de los estados parte. A pesar de declarar el interés superior del niño como principio fundamental, su concepción –y por ende su aplicación– no fue específica. Precisamente la inexistencia de una regulación específica permitió que varias tendencias enriquecieran el concepto. Como se desprende de lo recientemente expuesto las funciones adscritas al interés superior han variado con el tiempo.

A modo de ejemplo, en un comienzo se estimaba que el interés superior tenía valor en sí mismo como principio; sin embargo, a lo largo de los años

se concluyó que un valor abstracto no permite velar por la individualidad de las circunstancias por lo que era necesario hallar el interés superior del niño en forma concreta.

En este sentido, el comité decide emitir este nuevo documento donde re-establece la naturaleza jurídica del interés superior del niño, pero esta vez, recogiendo los avances doctrinales y jurisprudenciales, adecuándose con las exigencias de la práctica judicial.

El comité aprovechó la riqueza de aquellas conclusiones para afirmar que el interés superior del niño es un concepto triple, en cuanto tiene la dimensión de un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y la de una norma de procedimiento.

En palabras del comité es un derecho sustantivo en tanto el niño tiene el derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que debe evaluarse y tomarse en cuenta al sopesar distintos intereses y la garantía que ello se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al niño.

El interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental, en tanto se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva aquél interés. Esta identidad es la más investigada por la doctrina ante la afirmación del comité sobre el lugar del interés superior como principio fundamental de la convención.

La tercera dimensión es como norma de procedimiento en cuanto a que siempre que se tenga que tomar una decisión que incida en la esfera de un niño, en un procedimiento judicial o administrativo, se debe de adoptar aquella decisión más benéfica para el niño interesado.

Por último, el organismo recalca que para dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: (a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de

los derechos del niño, (b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos, (c) la naturaleza y alcance globales de la Convención, (d) La obligación de los Estados partes a respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención, (e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño.

La dificultad de definir el interés superior del niño en el caso concreto se explica por los múltiples elementos a considerar –entre ellos– los deseos y derechos de otras personas que rodean al niño, niña o adolescente. Es por esto que para una correcta identificación de los derechos y principios a analizar, es importante pormenorizar los intereses de aquellos involucrados distintos a la persona del niño. En este sentido es de puntualizar que el interés superior del niño es un elemento fundamental a considerar, pero no único o exclusivo. Por ejemplo, cuando el interés del niño se ve confrontado al interés familiar no se trata de que un interés prime sobre el otro, sino que manifiesta la importancia de lograr una conjunción dialéctica en la cual el individuo tome en cuenta en su acción no solo sus propias necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de los otros integrantes de la familia, aquí se aplica entonces el primer interés en forma que no perjudica a los otros intereses, sino que se armonizan.

El comité de los derechos del niño también establece que los conflictos tienen que resolverse sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes para encontrar un compromiso adecuado.

Satisfacer estos principios implica que el interés del niño debe primar por sobre el de los adultos en conflictos donde no se puede alcanzar una solución armónica. El objetivo de posicionar el interés del niño por sobre otros es un mecanismo de especial protección, pues es necesario recordar que ante un conflicto jurídico el niño intervendrá solo ejerciendo su derecho de participación, sin embargo, no tendrá la posibilidad de aportar prueba o dirigir el proceso. Es más, la demanda judicial no la iniciará el niño quien ciertamente se verá comprometido por la decisión.

5. Tesis de jurisprudencia sobre el concepto de interés superior del infante

Analizaremos una tesis de Jurisprudencia de la décima época, emitida por la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación, que encuentra vinculación con el concepto de interés superior del niño, consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, tesis 1a./J. 44/2014 (10a.), página: 270, del tenor y contenido:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.

Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor

para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa zona intermedia, haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.

Es de resaltar varios puntos de análisis de esta tesis obligatoria para las y los juzgadores, en relación con lo anotado en los títulos que preceden a éste:

1. La tesis es de tinte positivista, ya que no hace referencia a tratado internacional alguno vinculante al tema y refiere que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado.

2. Visualiza al interés superior del niño como un *concepto jurídico indeterminado.*

3. Se reconoce la dificultad en cuanto a su aplicación.

4. Realza la importancia de averiguar en qué consiste el interés superior del menor.

5. Establece que puede ser determinado este concepto a partir del caso concreto.
6. Que por ser un concepto indeterminado, se debe de estructurar en varias zonas, distinguiéndose tres, la primera, que es la zona de certeza positiva, la segunda, que consiste en una certeza negativa y la última, que es la zona intermedia en la que para poder delimitar el concepto, deben de tomarse en consideración las condiciones particulares o familiares del niño.

7. Que tales criterios relevantes que sirven para poder determinar el interés superior del niño, son: La satisfacción no solo de necesidades básicas sino también de necesidades espirituales, afectivas y educacionales, igualmente, la opinión del infante, y; la mantención de la situación o status quo material y espiritual del menor.

8. Para poder aplicar al caso concreto, la tesis considera la importancia de enfrentar a dicho interés con otros en conflicto.

9. Se deben de valorar las circunstancias específicas de cada caso para llegar a una solución estable, justa y equitativa para el menor.

10. Esta tesis sí aplica lo dispuesto por la Observación 14 referida en líneas arriba, cuando refiere que el interés superior del niño debe primar frente a los demás derechos.

11. Establece la concordancia, la interpretación conforme y el principio pro niño.

Conclusión

Ha sido progresivo el reconocimiento de los derechos fundamentales del infante, por virtud de su dignidad humana intrínseca, en armonización con los derechos de todos los miembros de la familia.

Entonces por tratarse de personas con dignidad, su derechos están reconocidos por la declaración universal de derechos humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, los cuales establecen que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sin embargo, por sus características especiales, los derechos del niño en específico están contenidos en la convención de los derechos del niño en la que se prevé el interés superior del menor. En este tenor es claro que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

Y como la familia, es catalogada como grupo fundamental de la sociedad y por ello, un medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

La protección especial para el infante ha sido enunciada en la declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la

declaración de los derechos del niño adoptada por la dsamblea general el 20 de noviembre de 1959. Mientras que en la convención de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, además de la protección especial, ya se habla de los niños como titulares de derechos.

Es la observación 14 del comité de los derechos del niño, el instrumento internacional parte aguas en materia de derechos de los niños. Tiene como propósito que la aplicación del interés superior del menor sea aplicado en todos los asuntos judiciales o administrativos en los que se deben de tomar decisiones, de acuerdo a las características especiales de cada caso en particular.

Hablar de derechos fundamentales del infante y su interés superior, no es posicionarnos en una postura positivista, en espera de encontrar una disposición legal que prevea para un caso concreto, la forma en cómo debe aplicarse éste.

El objetivo de la señalada observación general es poner de manifiesto la situación particularmente vulnerable de los niños, niñas y adolescentes separados de su familia, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros factores para conseguir que estos niños, niñas y adolescentes tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de los mismos.

Ahora con la tesis de jurisprudencia que se analizó, estamos en retroceso, pues se analiza al interés superior del menor como un concepto indeterminado, contrario a la intención de la observación mencionada.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas.: Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

Bofill, A y Cots J.: La declaración de Ginebra.: Pequeña Historia de la Primera Carta de los Derechos de la Infancia. Comissió de la Infància de la Justícia I Pau. Barcelona; 1999.

Cámara de Diputados del Estado de Guanajuato.: Código Civil del Estado de Guanajuato

Cámara de Diputados.: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Noveno párrafo del artículo 4°, consultable en http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf

Centro de Investigaciones Innocenti.: definición de las Observaciones Generales.

Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. "Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial". Mayo 2013.

Comité de Los Derechos Del Niño De Las Naciones Unidas.: Observación General Nº 14. "Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración primordial". Mayo 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.: Ficha técnica. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.

Organización de las Naciones Unidas.: Declaración Universal de Derechos Humanos. Consultable en :https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Save the children ONG.: 95 ANIVERSARIO DE SAVE THE CHILDREN De persona comprometida con los niños a fundadora de Save the Children. Eglantyne Jebb consultable en https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/cuaderno-englantyne-jebb.pdf

UNICEF.: Justicia y Derechos del Niño, Número 9; Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Santiago de Chile. Noviembre, 1999.

MANUAL DE Lenguaje Incluyente

para orientar la elaboración de los contenidos
de comunicación del Poder Judicial del Estado de Guanajuato

ver más

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

CÓDIGO de Conducta

para servidoras y servidores
del Poder Judicial del Estado de Guanajuato

ver más

Poder Judicial
ESTADO DE GUANAJUATO

PENSAMIENTOS
DE DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

ESIJ
ESCUELA DE ESTUDIOS E INVESTIGACIÓN JUDICIAL
PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

UNIDAD ACADÉMICA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS